



À MEMÓRIA DE JOSÉ ZAKAREWICZ

EDITOR E DIRETOR
LUIZ FERNANDO ZAKAREWICZ

Redator-chefe: Julio G. de Oliveira Lima

Responsável técnico: Mário A. R. Maciel

Redatora: Denise Andrino de Roure

Direção comercial: Maria Helena Neiva

Direção gráfica: José Tenório P. de Brito – Sebastião Rodrigues Sobrinho

Diagramação e arte-final: Marcos Antônio Pereira

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS, PONTOS DE VISTA E PARECERES

Adeildo Nunes	José Alfredo de Oliveira Baracho
Adriana Goulart de Sena	José Augusto Rodrigues Pinto
Alice Monteiro de Barros	José Carlos Arouca
Anníbal Fernandes	José Fernando Ehlers de Moura
Antônio Carlos Araújo de Oliveira	José Janguê Bezerra Diniz
Antônio Ferreira Álvares da Silva	José Luiz Prunes
Antonio José Miguel Feu Rosa	José Martins Catharino
Aramis de Souza Silveira	José Motta Maia
Arnaldo Sússekind	José Soares Filho
Benedito Calheiros Bomfim	Julio Assumpção Malhadas
Carlos Alberto Reis de Paula	Júlio Bernardo do Carmo
Carlos Alberto Silveira Lenzi	Julio Cesar do Prado Leite
Cláudio Armando Couce de Menezes	Luiz Augusto da Silva
Décio de Oliveira Santos	Luiz Flávio Borges D'Urso
Domingos de Souza Nogueira Neto	Lupercínio de Sá Nogueira Filho
Edílton Meireles	Marcos Afonso de Souza
Edson de Arruda Camara	Marcos Juliano Borges de Azevedo
Estêvão Mallet	Margareth Galvão Carbinato
Euclides Alcides Rocha	Maria Inês M. S. Alves da Cunha
Francisco Solano de Godoy Magalhães	Maurício José Godinho Delgado
Georgenor de Sousa Franco Filho	Neomésio José de Souza
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade	Octavio Bueno Magano
Gilmar Ferreira Mendes	Palhares Moreira Reis
Habib Tamer Elias Merhi Badião	Paulo Cardoso de Melo Silva
Hermes Afonso Tupinambá Neto	Paulo Emílio Ribeiro Vilhena
Ismar Estulano Garcia	Paulo Henrique Biasi
Izidoro Azevedo dos Santos	Paulo Ricardo Leite Stodieck
João Álvaro de Carvalho Sobrinho	Petrônio José Garcia Leão
João Antônio Gonçalves Neto	Reginald Felker
João Baptista Vilella	Ricardo Antônio Lucas Camargo
João Batista dos Santos	Roberto Davis
João Batista da Silva	Ronald Amorim e Souza
João da Costa Lisboa	Rosalvo Otacílio Torres
João Oreste Dalazen	Walter Douglas Stuber
	Washington Trindade

- As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores.
- Proibida a reprodução parcial ou total de qualquer matéria deste informativo sem a expressa autorização do Editor.

Tiragem: 4.500 exemplares



EDITORA CONSULEX
UMA EMPRESA DO GRUPO CTA

SUPERCENTER VENÂNCIO 2000 - SCS - QUADRA 8 - BL. B-50 - 2º ANDAR
- CEP 70.333-900 - TEL.: (061) 226.1188 - 226.1378 - 226.1513 -
226.1495 - CP 07.0518 - 11.1312 - TELEX: 61-2261 - 61-4162 - FAX:
(061) 226.3620 - 226.7460 - BRASÍLIA (DF)

ASSINATURA E RENOVAÇÃO
DDG - DISCAGEM DIRETA GRÁTIS: (061) 800-0090

SUMÁRIO

FGTS – tabelas de acréscimos legais	
Edital nº 6/97	632
Governo extingue órgãos públicos por MP	
Medida Provisória nº 1.576/97	619
INSS divulga alíquotas para junho/97	
Ordem de Serviço nº 162/97	618
Novos valores de contribuição e benefícios	
Portaria nº 3.964/97	618
Portaria nº 3.971/97	617
TMCTN – índice para junho/97	
Ato Declaratório nº 22/97	619

ADMINISTRATIVA

Direito Alternativo

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (*)

O Direito reclama pluralidade de pessoas. É relação intersubjetiva. Conhecida a imagem de Robison Crusoe; enquanto sozinho na ilha deserta, não podia reclamar nada de ninguém e ninguém dele exigia coisa alguma. Com a chegada de Sexta-Feira, tudo mudou. Formou-se vínculo entre ambos. Surgiu o Direito.

Do Direito primitivo, cujas normas resultam dos usos e costumes, a pouco e pouco, passou-se para a elaboração de lei. Formalizou-se a norma. Em nosso momento histórico, resultante de lutas e agruras, conferiu-se importância à divisão dos Poderes. Formalmente, iguais e independentes entre si. A realidade, porém, é outra. Há evidente predominância do Poder Executivo. Sem medo de errar, procede uma observação: é tanto mais predominante quanto maior a distinção econômico-social das pessoas. O Poder Legislativo, nesse contexto, também projeta a desigualdade. E, para concretizá-la e garanti-la, são elaboradas leis. Tantas vezes ratificam, consolidam a distinção.

O Direito, entretanto, não se esgota na lei. O Direito é sistema de princípios (valores); definem, orientam a vida jurídica (inter-relação de condutas). A lei, nem sempre, traduz, projeta esse comando. Não raro, a lei busca impedir, ou, pelo menos, retardar a eficácia do princípio. Nem sempre o concretiza. O salário mínimo, na Constituição da República (art. 7º, IV), é enunciado como capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família "com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social". A lei ordinária que fixa o valor, é evidente, não se ajusta ao comando da Carta Política. Observe-se o mesmo quanto ao salário-família para atender a descendentes (idem, XII). O funcionário público, todavia, recebe, a esse título, menos de um real!

Há, portanto, não raro, evidente descompasso entre o princípio e a lei.

Insista-se. O Direito não se confunde com a lei. A lei deve ser expressão do Direito. Historicamente, nem sempre o é. A lei, muitas vezes, resulta de prevalência de interesses de grupos, na tramitação legislativa. Apesar disso, a Constituição determina: "Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude de lei". Aparentemente, a lei (sentido material) seria o ápice da pirâmide jurídica. Nada acima dela! Nada contra ela! A Constituição, entretanto, registra também voltar-se para "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social..." (Preâmbulo). Ainda que não o proclamasse, assim cumpria ser. Não se pode desprezar o patrimônio político da humanidade! A lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência, urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores. O Direito é o trânsito para concretizar o justo.

O Judiciário, visto como Poder, não se subordina ao Executivo ou ao Legislativo. Não é servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem (nesse caso, não seria Poder). Impõe-se-lhe interpretar a lei conforme o Direito. Adotar posição crítica, tomando como parâmetro os princípios

os e a realidade social. A lei, tantas vezes, se desatualiza, para não dizer carente de eficácia, desde a sua edição.

O juiz é o grande crítico da lei; seu compromisso é com o Direito! Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma! O magistrado tem compromisso com a justiça, no sentido de analisar a lei e constatar se, em lugar de tratar igualmente os homens, mantém a desigualdade de classes. O juiz precisa tomar consciência de que sua sentença deve repousar em visão ontológica.

Tantas vezes, a lei se desatualiza, ou é inadequada para conferir o equilíbrio do conteúdo da relação jurídica. Quando isso acontece, afeta a eficácia.

Em havendo discordância entre o Direito e a lei, esta precisa ceder espaço àquele.

Cumpra, então, ao juiz, gerar a solução alternativa. Explique-se: criar a norma adequada para o caso concreto. A lei deixará de ser expressão do Direito. Aplicá-la será injustiça. Impõe-se gerar a norma justa (proporcionalidade reclamada).

Insista-se: o juiz tem dever de ofício de recusar a aplicação de lei injusta.

O juiz precisa tomar consciência de seu papel político; integrante de Poder. Impõe-se-lhe visão crítica. A lei é meio. O fim é o Direito. Reclama-se do magistrado, quando o necessário é ajustar a lei ao Direito.

Há, é certo, exemplos dignificantes.

A redação anterior da Lei de Introdução ao Código Civil dispunha que a sucessão de bens obedecia à lei do casamento. O Brasil recebera imigrantes de várias origens, como a Itália, Portugal, Japão e países árabes. Quando o marido falecia, casado com o regime de separação de bens, a viúva não participaria da meação. O Supremo Tribunal Federal, com notável sensibilidade, criou jurisprudência de que, no tocante ao patrimônio constituído entre nós, aplicar-se-ia a lei brasileira. Com isso, evitou flagrante injustiça. Vingou, na espécie, o regime da comunhão universal!

Os tribunais, outrossim, foram sensíveis à concubina. Sem lei. Rigorosamente: contra o sentido literal da lei, a pouco e pouco, quanto aos bens, reconheceram o direito da mulher ao patrimônio, consoante a colaboração dada para constituir a fortuna.

Mais recentemente, sufragaram a correção monetária (sem lei) para evitar o enriquecimento injusto do devedor que não honrasse sua obrigação, no tempo e modo convencionados.

Ainda. Autorizaram a revisão do valor de alugueres, antes do termo legal, para garantir o equilíbrio econômico do contrato. Tem-se, ainda, de reconhecer o direito de cidadania de reivindicar direitos inscritos na Constituição, cuja concretização legislativa, no entanto, cai no esquecimento e o Executivo não cumpre o seu papel.

O Judiciário precisa rever a idéia de normas da Constituição não auto-aplicáveis, dependentes de regulamentação. Na falta de lei específica, invoquem-se os princípios. A solução do caso concreto virá naturalmente. Para homenagear os positivistas, registre-se a viabilidade (posta em lei) de recorrer-se também à analogia e aos princípios gerais do Direito. Caso contrário, a Carta Política (já vai para dez anos) se restringe a mero propósito.

O juiz precisa tomar consciência de que a efetiva igualdade de todos perante a lei é um mito. A realidade comprova: a isonomia não se realiza às inteiras. Os órgãos formais de controle da criminalidade, de modo geral, alcançam pessoas sociais, econômica e politicamente desprotegidas. Só elas são presas pelas malhas da justiça penal!

ADMINISTRATIVA

O Poder Judiciário, urge registrar, precisa ponderar que o Direito não é neutro. Fato e norma estão envolvidos pelo valor. Traduzem significado. Indicam direção. As proclamações dos Direitos Humanos não acontecem por acaso, não se restringem a simples enunciados acadêmicos. Concretizam, isso sim, reivindicações, exigências em homenagem ao homem – parâmetros para realizar o justo.

E mais. O Judiciário tem importante papel político. As decisões precisam traduzir o Direito da história (a história do Direito orienta nesse sentido, apesar das inúmeras resistências). A jurisprudência não pode reduzir-se a mero somatório de julgados. As decisões corretas devem estar finalisticamente orientadas para o justo.

Caso contrário, o magistrado, de juiz, passa a servidor burocrático, mero fazedor de estatística!

No Brasil, o problema ganha particular importância. O acesso ao Judiciário não é ensejado a todos. Aliás, e com razão, se diz: o Código Civil é para o rico; o Código Penal para o pobre! Com singular sensibilidade, o Ministro Sepúlveda Pertence, com a responsabilidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou: "O pobre só tem acesso à Justiça como réu...". Poucas vezes, com poucas palavras, foi enunciada tão lastimável verdade!

A sentença precisa ponderar as conquistas históricas. Em particular, num país que ostenta lei (alienação fiduciária)

impondo a prisão civil do devedor inadimplente!

O juiz é agente de transformação social. Lei iníqua, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático, precisa ser repensada.

O juiz, repita-se, deve recusar aplicação à lei iníqua, injusta. Impõe-se-lhe invocar princípios. Só assim, a interpretação será sistemática. Criar, se necessário, a norma para o caso concreto.

O Direito Alternativo, portanto, é preocupação com o Direito. Infelizmente, entre nós, impõe-se utilizar o pleonismo Direito justo! Como se o Direito pudesse afastar-se da Justiça!

A solução alternativa rompe o conservadorismo acomodado; enseja o tratamento jurídico correto. Confere, sem dúvida, eficácia à vigência da norma jurídica.

A norma alternativa não é aventura, opinião pessoal do magistrado, discordar por discordar. Resulta da apreensão de conquistas históricas, acima de interesses subalternos. Projeta orientação reclamada pelo Direito. Concreção da Justiça!

A trincheira de hoje será o galardão de amanhã!

(*) O autor é Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília.